



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.536.388 - SP (2019/0195767-2)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
AGRAVANTE : KATIA MENEZES DA SILVA
ADVOGADOS : ANA CAROLINA CHITERO - SP248815
GABRIELA ZARPELON - SP251282
AGRAVADO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : THIAGO DE PAULA LEITE E OUTRO(S) - SP332789

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA. DIRETOR DE PESSOAL E SECRETÁRIO DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA SEGURANÇA PÚBLICA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DA COMPETÊNCIA. SÚMULA 83/STJ.

1. Trata-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado por Katia Menezes da Silva contra ato praticado pelo Secretário de Estado dos Negócios da Segurança Pública e pelo Diretor da Diretoria de Pessoal da Polícia Militar, objetivando a imediata nomeação da impetrante no cargo de "Oficial Administrativo Padrão 1-A".

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento segundo o qual "a aplicação da teoria da encampação, que mitiga a indicação errônea da autoridade coatora em mandado de segurança, tem lugar quando presentes os seguintes requisitos: (i) vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou as informações e aquela que determinou a prática do ato; (ii) manifestação sobre o mérito nas informações prestadas, e; (iii) ausência de modificação na competência constitucionalmente estabelecida." (AgInt no RMS 39.158/MG, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 11/5/2017) (grifei).

3. Verifico descaber, *in casu*, a aplicação da Teoria da Encampação, pois haverá modificação da competência, tendo em vista que a autoridade coatora é o Governador do Estado, e não Diretor de Pessoal e o Secretário de Estado dos Negócios da Segurança Pública.

4. Dessume-se que o acórdão recorrido está em sintonia com o atual entendimento do STJ, razão pela qual não merece prosperar a irresignação. Incide, *in casu*, o princípio estabelecido na Súmula 83/STJ: "Não se conhece do Recurso Especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida".

5. Agravo conhecido para não conhecer do Recurso Especial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, conheceu do agravo para não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator."

Brasília, 03 de outubro de 2019(data do julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.536.388 - SP (2019/0195767-2)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
AGRAVANTE : KATIA MENEZES DA SILVA
ADVOGADOS : ANA CAROLINA CHITERO - SP248815
GABRIELA ZARPELON - SP251282
AGRAVADO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : THIAGO DE PAULA LEITE E OUTRO(S) - SP332789

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Agravo de decisão que inadmitiu Recurso Especial interposto (art. 105, III, "a", da Constituição da República) contra acórdão assim ementado:

APELAÇÃO Mandado de Segurança Concurso público Oficial Administrativo da Polícia Militar Impetração contra o Diretor de Pessoal e o Secretário de Estado dos Negócios da Segurança Pública Ilegitimidade passiva Autoridade coatora é o Governador do Estado Impossibilidade de aplicação da teoria da encampação Indevida alteração de competência originária - Sentença que extinguiu o processo sem resolução do mérito mantida.
Recurso desprovido.

Embargos de Declaração rejeitados.

Aponta a parte agravante, nas razões do Recurso Especial, além de divergência jurisprudencial, violação dos arts. 6.º, § 3º, da Lei Federal 12.016/2009, aos artigos 4º e 338 do Código de Processo Civil.

Afirma em síntese:

..., o direito da Recorrente é LÍQUIDO E CERTO, vez que o concurso previu 56 vagas para a cidade de Araçatuba, tendo a Recorrente sido aprovada em 19º lugar, o termo final da prorrogação do concurso deu-se em 23/07/2017, não tendo a Recorrente sido nomeada.

Nasce aí a ilegalidade perpetuada pelos Recorridos, que não nomearam a Recorrente classificada dentro do número de vagas previstas no edital, entretanto, contrataram diversos funcionários em caráter temporário, conforme será demonstrado, para desenvolver a mesma função dos candidatos aprovados no certame e não nomeados, em nítida preterição e afronta ao RECURSO EXTRAORDINÁRIO 598.0991



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Contraminuta às fls. 889-893, e-STJ.

É o **relatório**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.536.388 - SP (2019/0195767-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos ingressaram neste Gabinete em 3.9.2019.

Trata-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado por Katia Menezes da Silva contra ato praticado pelo Secretário de Estado dos Negócios da Segurança Pública e pelo Diretor da Diretoria de Pessoal da Polícia Militar, objetivando a imediata nomeação da impetrante no cargo de "Oficial Administrativo Padrão 1-A", sob pena de multa diária, bem como o pagamento da remuneração retroativa, referente ao período da data do ajuizamento até a efetiva nomeação.

A irresignação não merece prosperar.

No enfrentamento da matéria, o Tribunal de origem lançou os seguintes fundamentos:

É dos autos que a impetrante participou do concurso público promovido pela Diretoria de Pessoal da Polícia Militar do Estado de São Paulo, edital de concurso público DP-2/321/14, para provimento do cargo de "Oficial Administrativo" (fls. 19/59) e foi aprovado na colocação 19 (fl. 65). O edital previa a existência de cinquenta e seis vagas para a região optada pela impetrante.

A legitimidade é a condição da ação que determina as partes do processo. Em princípio, os titulares da ação os sujeitos da relação jurídica de direito material invocada, cuja tutela se pretende.

(...)

No caso, o ato impugnado é a não nomeação da impetrante para o cargo de Oficial Administrativo, após aprovação em concurso público, dentro do número de vagas previsto no edital, ato de competência privativa do Governador.

De fato, nos termos do artigo 47, V, da Constituição Estadual:

(...)

Veja que, no caso, não é possível a aplicação da teoria da encampação, pois implicaria indevida alteração de competência originária.

Nesse sentido já decidiu este Egrégio Tribunal de Justiça:

A jurisprudência desta Corte firmou entendimento segundo o qual "a aplicação da teoria da encampação, que mitiga a indicação errônea da autoridade coatora em mandado de segurança, tem lugar quando presentes os seguintes requisitos: (i) vínculo hierárquico entre a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

autoridade que prestou as informações e aquela que determinou a prática do ato; (ii) manifestação sobre o mérito nas informações prestadas, e; (iii) ausência de modificação na competência constitucionalmente estabelecida." (AgInt no RMS 39.158/MG, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 11/5/2017) (grifei).

Verifico descaber, *in casu*, a aplicação da Teoria da Encampação, pois haverá modificação da competência, tendo em vista que a autoridade coatora é o Governador do Estado, e não Diretor de Pessoal e o Secretário de Estado dos Negócios da Segurança Pública.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. MANDADO DE SEGURANÇA. PROFESSORA APOSENTADA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. APLICABILIDADE. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - A jurisprudência desta Corte firmou entendimento segundo o qual, a aplicação da teoria da encampação, que mitiga a indicação errônea da autoridade coatora em mandado de segurança, tem lugar quando presentes os seguintes requisitos: (i) vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou as informações e aquela que determinou a prática do ato; (ii) manifestação sobre o mérito nas informações prestadas, e; (iii) ausência de modificação na competência constitucionalmente estabelecida.

III - O Agravante não apresenta, no agravo, argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

IV - Agravo Interno improvido.

(AgInt no RMS 39.158/MG, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, DJe 11/05/2017) (grifei).

Dessume-se que o acórdão recorrido está em sintonia com o atual entendimento deste Tribunal Superior, razão pela qual não merece prosperar a irresignação. Incide, *in casu*, o princípio estabelecido na Súmula 83/STJ: "Não se conhece do Recurso Especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Cumpre ressaltar que a referida orientação é aplicável também aos recursos interpostos pela alínea "a" do art. 105, III, da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido: REsp 1.186.889/DF, Segunda Turma, Relator Ministro Castro Meira, DJe de 2.6.2010.

Nessa linha:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA. PREFEITO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. SECRETÁRIO MUNICIPAL DE SAÚDE. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DA COMPETÊNCIA. RECURSO ORDINÁRIO NÃO PROVIDO.

1. Cuida-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado por Jamília Barros da Silva, ora recorrente, contra ato do Prefeito do Município de São Paulo, ora recorrido, sustentando que foi "aprovada na 387ª posição da lista geral de concurso público da Secretaria Municipal da Saúde, para o cargo de Especialista em Saúde - Enfermeiro. Assevera que o concurso foi autorizado pela autoridade impetrada e destinou-se ao provimento de novecentos e sessenta e sete cargos, dentre os quais quatrocentos e quatro para o cargo de enfermeiro. O certame foi homologado e prorrogado por um ano, até 1º de julho de 2016. Argumenta, assim, que foi violado seu direito líquido e certo à nomeação, na medida em que fora aprovada dentro do número de vagas previsto no edital." (fls. 385-386).

2. O Tribunal a quo denegou a segurança e assim consignou na sua decisão: "2. Deve ser desde logo acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pelo Prefeito do Município de São Paulo, o que afasta a competência deste Órgão Especial para o julgamento da ação. (...) Logo, é certo que o Prefeito do Município de São Paulo não praticou e não ordenou qualquer ato reputado coator, tampouco tem poder deliberativo sobre a nomeação pretendida pela impetrante. Indubitável, portanto, a sua ilegitimidade para figurar como autoridade coatora. (...) 3. Inviável, ainda, a aplicação da teoria da encampação no presente caso, eis que conquanto tenha o impetrado também realizado a defesa da validade do ato considerado coator nas informações oferecidas nestes autos deslocar-se-ia, com a encampação, competência constitucionalmente definida para o conhecimento dessa questão, o que é vedado pela jurisprudência3. (...) 4. Consequentemente, a alegada violação a direito da impetrante não foi cometida por qualquer das autoridades sujeitas à competência do Órgão Especial, arroladas no artigo 13, I, "a"5, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo RITJSP c.c. artigo 74, III 6, da Constituição Paulista, o que afasta a competência deste colegiado. Tendo a demandante impetrado writ exclusivamente contra o Prefeito da Capital, a solução adequada é a extinção do feito sem resolução do mérito, de acordo com artigo 485, IV e VI, do Código de Processo Civil. 5. Ante o exposto, reconhecida a ilegitimidade passiva do Prefeito do Município de São Paulo, denega-se a segurança nos termos do artigo 6º, parágrafo 5º, da Lei 12.016/09, c. c. artigo 485, incisos IV e VI, do Código de Processo Civil. Custas ex lege, sem imposição de verba honorária, nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016/09, e das Súmulas 105 do Superior Tribunal de Justiça e 512 do Supremo Tribunal Federal. (fls.

387-396, grifo acrescentado em itálico).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. "A jurisprudência desta Corte firmou entendimento segundo o qual, a aplicação da teoria da encampação, que mitiga a indicação errônea da autoridade coatora em mandado de segurança, tem lugar quando presentes os seguintes requisitos: (i) vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou as informações e aquela que determinou a prática do ato; (ii) manifestação sobre o mérito nas informações prestadas, e; (iii) ausência de modificação na competência constitucionalmente estabelecida." (AgInt no RMS 39.158/MG, Rel.

Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 11/5/2017) (grifo acrescentado).

4. Verifica-se que não é cabível, in casu, a aplicação da Teoria da Encampação, pois haverá modificação da competência, tendo em vista que o Secretário Municipal de Saúde, autoridade coatora, não está sujeito à competência do Órgão Especial, conforme o Regimento Interno do Tribunal de origem. 5. Recurso Ordinário não provido.

(RMS 54.827/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 19/12/2017).

Ante o exposto, **conheço do Agravo para não conhecer do Recurso Especial. Caso exista nos autos prévia fixação de honorários de advogado pelas instâncias de origem, determino a sua majoração, em desfavor da parte recorrente, no importe de 10% sobre o valor já arbitrado, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, observados, se aplicáveis, os limites percentuais previstos nos §§ 2º e 3º do referido dispositivo legal, bem como eventual concessão da gratuidade da justiça.**

É como **voto**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2019/0195767-2

**AREsp 1.536.388 /
SP**

Número Origem: 10354771520178260053

PAUTA: 03/10/2019

JULGADO: 03/10/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FRANCISCO FALCÃO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSÉ ELAERES MARQUES TEIXEIRA**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : KATIA MENEZES DA SILVA
ADVOGADOS : ANA CAROLINA CHITERO - SP248815
GABRIELA ZARPELON - SP251282
AGRAVADO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : THIAGO DE PAULA LEITE E OUTRO(S) - SP332789

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Militar -
Regime - Ingresso e Concurso

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, conheceu do agravo para não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.